International Journal of Advanced Engineering Research and Science (IJAERS)
Peer-Reviewed Journal
ISSN: 2349-6495(P) | 2456-1908(O)
Vol-9, Issue-10; Oct, 2022
Journal Home Page Available: https://ijaers.com/
Article DOI: https://dx.doi.org/10.22161/ijaers.910.33



Civil Liability of Doctors in Times of Covid-19

Responsabilidade Civil dos Médicos em Tempos de Covid-19

Lucas dos Santos Barreto[1], Raquel Rosan Christino Gitahy[2]

[1]Bacharelando em Direito.

[2]Doutora em Educação. Bacharel em Direito. Pedagoga. Docente da Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul e da Universidade do Oeste Paulista, Brasil

Received: 20 Sep 2022,

Received in revised form: 11 Oct 2022,

Accepted: 18 Oct 2022,

Available online: 23 Oct 2022

***Keywords*— Covid-19, Direito, Medicina, Médicos, Responsabilidade civil.**

***Palavras-chave*— Covid-19, Direito, Medicina, Médicos, Responsabilidade civil.**

Abstract *— The consumer protection code provides that physicians' responsibility is, as a rule, subjective. In view of the pandemic context experienced since 2020, the present research started from the following problem: How to understand the subjective responsibility of the doctor, highlighting the element of guilt, in times of Covid-19? In order to answer this question, the general objective was to discuss how the doctor's guilt is configured in relation to a damage caused by him in the face of a patient in times of Covid-19 and consequently the hypotheses of indemnity. carried out with a search of books, articles from qualified journals, accessible on Scielo, dissertations and theses available in the digital library of theses and dissertations. The documentary research was carried out from the analysis of decisions involving the civil liability of doctors in times of covid-19. As a result, it was observed that if the doctor, in the exercise of his professional activity, does not act with all the necessary technical means and due caution, he will commit an illicit act and may be called to indemnify. However, guilt, an essential assumption for the characterization of subjective responsibility, must be studied considering the context, as well highlighted by the three-dimensional theory of law, given that the pandemic context must be considered in order to understand the norm and value it in the social time.*

***Resumo*— *O código de defesa do consumidor dispõe que a responsabilidade dos médicos em regra, é subjetiva. Diante do contexto pandêmico vivenciado desde o ano de 2020, a presente pesquisa partiu da seguinte problemática: Como compreender a responsabilidade subjetiva do médico, destacando-se o elemento culpa, em tempos de Covid-19? A fim de responder tal questionamento, o objetivo geral foi discutir como se configura a culpa do médico em relação a um dano gerado por este em face de um paciente em tempos de Covid-19 e consequentemente as hipóteses de indenização.. A pesquisa bibliográfica foi realizada com uma busca de livros, artigos de periódicos qualificados, acessíveis no Scielo, dissertações e teses disponíveis na biblioteca digital de teses e dissertações. A pesquisa documental realizou-se a partir da análise de decisões envolvendo a responsabilidade civil dos médicos em tempos de covid-19. Como resultados observou-se que se o médico, no exercício da atividade*

profissional, não atuar com todos os meios técnicos necessários e a devida cautela cometerá ato ilícito e poderá ser chamado a indenizar. Contudo, a culpa, pressuposto imprescindível para a caracterização da responsabilidade subjetiva, deve ser estudada considerando o contexto, como bem salienta a teoria tridimensional do Direito, tendo em vista que se deve considerar o contexto pandêmico para se compreender a norma e valorá-la no tempo social.

I. INTRODUCTION

Dispõe o artigo 951 do código civil e artigo 14, §4º, do código de defesa do consumidor, que a responsabilidade dos médicos em regra, é subjetiva, ou seja, somente existindo quando comprovada a existência do elemento culpa, dessa forma há a problemática sobre como comprovar a existência de tal elemento.

Acrescenta-se ainda ao tema, o momento vivenciado, ou seja, um momento atípico de pandemia. A hipótese é que o elemento culpa deve ser interpretado considerando esta época de exceção. Diante deste contexto, o problema de pesquisa é como compreender a responsabilidade subjetiva do médico, destacando-se o elemento culpa, em tempos de Covid-19?

Para responder tal questionamento, o presente artigo tem como objetivo geral discutir como se configura a culpa do médico em relação a um dano gerado por este em face de um paciente em tempos de Covid-19 e consequentemente as hipóteses de indenização. Já os objetivos específicos são: apresentar a base teórica da responsabilidade civil subjetiva; compreender o elemento culpa em tempos de Covid-19 e discutir jurisprudências sobre o tema.

A fim de atingir tais objetivos, o estudo foi desenvolvido a partir de uma pesquisa bibliográfica e documental. A pesquisa bibliográfica realizou-se com uma busca de livros, artigos de periódicos qualificados, acessíveis no Scielo, dissertações e teses disponíveis na biblioteca digital de teses e dissertações. A pesquisa documental foi realizada a partir da análise documental de decisões envolvendo a responsabilidade civil dos médicos em tempos de covid-19. Tais dados coletados foram interpretados e analisados partindo do raciocínio lógico do geral para o particular, portanto a partir do método hipotético dedutivo.

A fim de entender o que há publicado sobre o assunto, fizemos um levantamento na biblioteca digital de teses e dissertações, no endereço https://bdtd.ibict.br/vufind/, com os descritores “responsabilidade civil”, “médico” e “covid-19”. Não fizemos um recorte temporal. Os resultados apresentamos na tabela 1.

Tabela. 1: Busca na biblioteca digital de teses e dissertações sobre a temática

DESCRITORES	*TESES E DISSERTAÇÕES*
“responsabilidade civil” AND “médico”	*63*
“responsabilidade civil” AND “médico” AND "covid-19"	*0*
“responsabilidade civil” AND “covid-19"	*0*
"covid-19" AND "médico"	*18*

Pelos resultados evidenciados observa-se que há produção envolvendo a temática da responsabilidade civil dos médicos, mas quando entra o contexto pandêmico o resultado é nulo. Já ao cruzar os descritores "covid-19" AND "médico", o resultado são 18 teses e dissertações publicadas, mas frisa-se que nenhuma envolve questões jurídicas como responsabilidade civil dos médicos. Tais resultados evidenciam a importância da temática da presente monografia.

Com a intenção de entendermos o tema, o presente artigo inicia-se com uma descrição de referencial teórico discutindo a responsabilidade civil e a base da mesma no que se refere a responsabilidade subjetiva, a saber: a culpa ou dolo. Em seguida distingue a responsabilidade objetivo e subjetiva a fim de evidenciar que a responsabilidade do médico é subjetiva, sendo necessário a prova dos seguintes pressupostos: ação/omissão; culpa/dolo; nexo de causalidade e dano. Finalizamos com a discussão da responsabilidade civil em tempos de pandemia, reafirmando a questão de que para nascer a responsabilidade deve ficar provada a culpa ou dolo.

II. RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1. Responsabilidade civil e Culpa

A responsabilidade civil trata-se de um dever jurídico derivado (consequência) de uma violação. Tal violação decorre de duas razões, sendo a primeira a violação a uma

norma jurídica, que se classifica em responsabilidade contratual e extracontratual. E a segunda violação se dá em razão da culpa, sendo está o objeto de estudo aprofundado do presente trabalho.

Portanto, para uma melhor compreensão do estudo se faz necessário incialmente compreendermos a ideia e o conceito de culpa, uma vez que esta é um dos pressupostos necessários para a configuração da responsabilidade (subjetiva). Vejamos.

Parte da doutrina conceitua a culpa a partir de uma concepção moral de culpabilidade, considerando apenas o critério subjetivo, qual seja, ao agente que livremente pudesse prever e agir para evitar o dano. Savatier dá a seguinte definição de culpa - “inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar” - (apud Gonçalves, 2021, p. 23). Entretanto, há autores que definem a culpa por um critério objetivo, que se dá através de uma comparação da conduta do agente com a de um tipo abstrato denominado “homem médio”, ou seja, um padrão que seria considerado normal. Dessa forma, se comparado a conduta do agente com a do “homem médio” e tiver por resultado que tal dano derivou de uma imprudência, negligência ou imperícia que a este “homem-padrão” não incorreria, ficará demonstrado a culpa (Gonçalves, 2021).

Ademais, o Código Civil Brasileiro nos traz o conceito de ato ilícito em seu art. 186, que transcreve da seguinte maneira, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Portanto, age com culpa o agente que causa um dano mediante uma ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência.

O professor Carlos Robertos Gonçalves (2021, p. 23) nos explica quais as formas de descuido (culpa stricto sensu) do agente que acarreta dano, vejamos:

> A imprevidência do agente, que dá origem ao resultado lesivo, pode apresentar--se sob as seguintes formas: imprudência, negligência ou imperícia. O termo “negligência”, usado no art. 186, é amplo e abrange a ideia de imperícia, pois possui um sentido lato de omissão ao cumprimento de um dever. (Gonçalves, 2021)

Dessa forma, ainda segundo Gonçalves (2021), entende-se por imprudência o agente que age sem a devida cautela necessária e com certo desdenho aos interesses alheios. Negligência é falta de atenção do agente ao qual poderia ter previsto o resultado se assim não agisse. A imperícia em síntese, trata-se de uma culpa profissional, ou seja, a inaptidão técnica para a prática de um ato.

Agora nas palavras do professor Sérgio Cavalieri Filho (2020, p.36), que com clareza nos explica, de maneira objetiva, a definição de cada modalidade e exemplos a cada caso, vejamos:

> A falta de cautela exterioriza-se através da imprudência, da negligência e da imperícia. Não são, como se vê, espécies de culpa, nem elementos desta, mas formas de exteriorização da conduta culposa. A imprudência é falta de cautela ou cuidado por conduta comissiva, positiva, por ação. Age com imprudência o motorista que dirige em excesso de velocidade, ou que avança o sinal. Negligência é a mesma falta de cuidado por conduta omissiva. Haverá negligência se o veículo não estiver em condições de trafegar, por deficiência de freios, pneus etc. O médico que não toma os cuidados devidos ao fazer uma cirurgia, ensejando a infecção do paciente, ou que lhe esquece uma pinça no abdômen, é negligente. A imperícia, por sua vez, decorre de falta de habilidade no exercício de atividade técnica, caso em que se exige, de regra, maior cuidado ou cautela do agente. Haverá imperícia do motorista que provoca acidente por falta de habilitação. O erro médico grosseiro também exemplifica a imperícia. (Cavalieri Filho, 2020)

Como visto há diversas balizas para se chegar até a demonstração da culpa, mas de modo geral conclui-se que, aquele que livremente mediante uma conduta comissiva ou omissiva produz um resultado lesivo através de sua imprudência, negligência ou imperícia, que comparado ao homem-médio pudesse ter evitado age com culpa.

2.2. Responsabilidade Objetiva e Responsabilidade Subjetiva

Para a configuração da responsabilidade, tem como pressupostos a existência de um dano, o nexo causal entre

este dano e a conduta do agente e a culpa, ao qual, poderá ou não integrar como um dos requisitos necessários. A partir disso, é que se diferencia a responsabilidade objetiva da subjetiva.

O professor Carlos Roberto Gonçalves (2021, p.28) nos apresenta o entendimento das duas responsabilidades. Em relação a responsabilidade subjetiva, nos explica o professor, da seguinte forma:

> Diz--se, pois, ser "subjetiva" a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa. (Gonçalves, 2021)

Portanto, em relação a responsabilidade subjetiva, a culpa é um de seus elementos, sendo exigido assim a prova desta, ou seja, a comprovação de que houve negligência, imprudência ou imperícia por parte do agente, para que assim, este seja chamado a responder pela respectiva lesão, ao qual não havendo a configuração da culpa não haverá responsabilidade.

É importante destacar que a responsabilidade subjetiva é a recepcionada pelo código civil brasileiro, adotando a teoria da culpa (ou subjetiva), que traz a culpa como elemento necessário para a configuração da responsabilidade, como se vê perante o já mencionado art. 186, ("aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito").

Já em relação a responsabilidade objetiva, esta independe da configuração da culpa, impondo a lei a determinadas pessoas ou situações que venha a indenizar, sendo exigido para tal responsabilidade apenas o dano e o nexo causal, como nos explica o já citado professor Carlos Roberto Gonçalves (2021, p. 28):

> (...) responsabilidade é legal ou "objetiva", porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa. (Gonçalves, 2021)

Portanto, a responsabilidade objetiva é alicerçada em face a teoria do risco, que diz que todo agente que pratica uma atividade ao qual desta tira proveito e porventura gera um risco a terceiros, é obrigado a indenizar independente da configuração da culpa.

A teoria do risco recepciona algumas modalidades, como o "risco-proveito" que tem pôr a base a ideia do agente que causa danos a outem em razão de uma atividade que lhe tira proveito ou benefício (ubi emolumentum, ibi onus). O "risco profissional" que é aquele perigo inerente a atividade laboral ou profissão que o próprio lesado desempenha. Já o "risco criado" é aquele que em razão da atividade ou profissão gera um risco de perigo a terceiros, estando responsável a indenizar possíveis danos que vir a ser acometidos por tais atividades, exceto se tiver atendido a todos os meios necessários para evitá-lo. Miguel Reale (apud, Gonçalves, 2021, p. 29) disserta sobre o assunto com clareza, vejamos:

> Pois bem, quando a estrutura ou natureza de um negócio jurídico – como o de transporte, ou de trabalho, só para lembrar os exemplos mais conhecidos – implica a existência de riscos inerentes à atividade desenvolvida, impõe--se a responsabilidade objetiva de quem dela tira proveito, haja ou não culpa. Ao reconhecê--lo, todavia, leva--se em conta a participação culposa da vítima, a natureza gratuita ou não de sua participação no evento, bem como o fato de terem sido tomadas as necessárias cautelas, fundadas em critérios de ordem técnica. Eis aí como o problema é posto, com a devida cautela, o que quer dizer, com a preocupação de considerar a totalidade dos fatores operantes, numa visão integral e orgânica, num balanceamento prudente de motivos e valores. (Gonçalves, 2021)

Por fim, vejamos um julgado do Supremo Tribunal Federal a acerca da responsabilidade subjetiva e a teoria do risco da responsabilidade objetiva, vejamos:

> DIREITO CONSTITUCIONAL.

> DIREITO DO TRABALHO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 932. EFETIVA PROTEÇÃO AOS DIREITOS SOCIAIS. POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA DO EMPREGADOR POR DANOS DECORRENTES DE ACIDENTES DE TRABALHO. COMPATIBILIDADE DO ART. 7, XXVIII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL COM O ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL. APLICABILIDADE PELA JUSTIÇA DO TRABALHO. 1. A responsabilidade civil subjetiva é a regra no Direito brasileiro, exigindo-se a comprovação de dolo ou culpa. Possibilidade, entretanto, de previsões excepcionais de responsabilidade objetiva pelo legislador ordinário em face da necessidade de justiça plena de se indenizar as vítimas em situações perigosas e de risco como acidentes nucleares e desastres ambientais. 2. O legislador constituinte estabeleceu um mínimo protetivo ao trabalhador no art. 7º, XXVIII, do texto constitucional, que não impede sua ampliação razoável por meio de legislação ordinária. Rol exemplificativo de direitos sociais nos artigos 6º e 7º da Constituição Federal. 3. Plena compatibilidade do art. 927, parágrafo único, do Código Civil com o art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal, ao permitir hipótese excepcional de responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho, nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor implicar, por sua natureza, outros riscos, extraordinários e especiais. Possibilidade de aplicação pela Justiça do Trabalho. 4. Recurso Extraordinário desprovido. TEMA 932. Tese de repercussão geral: "O artigo 927, parágrafo único, do Código Civil é compatível com o artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal, sendo constitucional a responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida, por sua natureza, apresentar exposição habitual a risco especial, com potencialidade lesiva e implicar ao trabalhador ônus maior do que aos demais membros da coletividade". (Moraes, 2020)

III. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS

A responsabilidade civil do médico é subjetiva, conforme previsão do art. 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor que define que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. Portanto, em caso de suposto erro médico a responsabilidade deste será auferida por meio dos pressupostos subjetivos, quais sejam a existência de dano, o nexo causal e a configuração da culpa, conforme já visto anteriormente.

Com isso, é importante destacar que o instituto da responsabilidade civil dos médicos apresenta-se como de natureza contratual, como descreve a professora Maria Helena Diniz (2019, p.333):

> Embora nosso Código Civil tenha regulado a responsabilidade médica no capítulo atinente aos atos ilícitos, tal responsabilidade, a nosso ver, é contratual. Realmente nítido é o caráter contratual do exercício da medicina, pois apenas excepcionalmente terá natureza delitual, quando o médico cometer um ilícito penal ou violar normas

> regulamentares da profissão. (Diniz, 2019)

Acrescenta ainda o professor Sérgio Cavalieri Filho (2020, p. 411), que tal contrato seria de natureza sui generis e não de uma mera locação para prestação de serviços, vejamos:

> Divergem, ainda, os doutrinadores sobre a natureza da avença celebrada entre o médico e o paciente, sendo para alguns um contrato de prestação de serviços, e para outros um contrato sui generis. Tendo em vista que o médico não se limita a prestar serviços estritamente técnicos, acabando por se colocar numa posição de conselheiro, de guarda e protetor do enfermo e de seus familiares, parece-nos mais correto o entendimento (pelo menos em muitos casos) daqueles que sustentam ter a assistência médica a natureza de contrato sui generis, e não de mera locação de serviços, consoante orientação adotada pelos Códigos da Suíça e da Alemanha. (Cavalieri Filho, 2020)

Dessa forma, a partir do momento em que o médico atende a um chamado, desde logo, é determinado o nascimento de um contrato com o seu paciente ou com a pessoa que o chamou em benefício do enfermo.

Contudo, há de ressaltar que o objeto deste contrato não é em si a própria cura do enfermo, visto que em regra, a obrigação do médico é de meio e não de resultado. Entretanto, excepcionalmente, poderá vir a ser por obrigação de resultado, como nos casos de procedimentos estéticos. É o que nos ensina o professor Flavio Tartuce (2021, p. 1345), vejamos:

> Vale repetir que a obrigação de meio ou de diligência é aquela em que o devedor só é obrigado a empenhar-se para perseguir um resultado, mesmo que este não seja alcançado. De acordo com a construção de Demogue, na sua leitura feita no Brasil, aqueles que assumem obrigação de meio só respondem se provada a sua culpa genérica, ou seja, o seu dolo ou culpa estrita (imprudência, negligência ou imperícia). Por conseguinte, em tese, haverá responsabilidade civil subjetiva daquele que assumiu tal obrigação, o que tem fundamento nos últimos dispositivos citados. (Tartuce, 2021)

No mesmo sentido da doutrina, é o entendimento que Superior Tribunal de Justiça já vem a tempos aplicando, conforme vejamos nos julgados abaixo:

> RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ERRO MÉDICO - MORTE DE PACIENTE DECORRENTE DE COMPLICAÇÃO CIRÚRGICA - OBRIGAÇÃO DE MEIO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO - ACÓRDÃO RECORRIDO CONCLUSIVO NO SENTIDO DA AUSÊNCIA DE CULPA E DE NEXO DE CAUSALIDADE - FUNDAMENTO SUFICIENTE PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO DO PROFISSIONAL DA SAÚDE - TEORIA DA PERDA DA CHANCE - APLICAÇÃO NOS CASOS DE PROBABILIDADE DE DANO REAL, ATUAL E CERTO, INOCORRENTE NO CASO DOS AUTOS, PAUTADO EM MERO JUÍZO DE POSSIBILIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I - A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, sendo imprescindível para a responsabilização do referido profissional a demonstração de culpa e de nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, tratando-se de responsabilidade subjetiva; II - O Tribunal de origem reconheceu a inexistência de

culpa e de nexo de causalidade entre a conduta do médico e a morte da paciente, o que constitui fundamento suficiente para o afastamento da condenação do profissional da saúde; III - A chamada "teoria da perda da chance", de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, aplica-se aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável; IV - In casu, o v. acórdão recorrido concluiu haver mera possibilidade de o resultado morte ter sido evitado caso a paciente tivesse acompanhamento prévio e contínuo do médico no período pós-operatório, sendo inadmissível, pois, a responsabilização do médico com base na aplicação da "teoria da perda da chance"; V - Recurso especial provido. (Uyeda, 2009)

ADMINISTRATIVO. OMISSÃO INEXISTENT CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NULIDADE DOS ACÓRDÃOS PROFERIDOS EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONFIGURADA. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. DANO COMPROVADO. PRESUNÇÃO DE CULPA DO MÉDICO NÃO AFASTADA. PRECEDENTES. 1. Não há falar em nulidade de acórdão exarado em sede de embargos de declaração que, nos estreitos limites em que proposta a controvérsia, assevera inexistente omissão do aresto embargado, acerca da especificação da modalidade culposa imputada ao demandado, porquanto assentado na tese de que presumida a culpa do cirurgião plástico em decorrência do insucesso de cirurgia plástica meramente estética. 2. A obrigação assumida pelo médico, normalmente, é obrigação de meios, posto que objeto do contrato estabelecido com o paciente não é a cura assegurada, mas sim o compromisso do profissional no sentido de uma prestação de cuidados precisos e em consonância com a ciência médica na busca pela cura. 3. Apesar de abalizada doutrina em sentido contrário, este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a situação é distinta, todavia, quando o médico se compromete com o paciente a alcançar um determinado resultado, o que ocorre no caso da cirurgia plástica meramente estética. Nesta hipótese, segundo o entendimento nesta Corte Superior, o que se tem é uma obrigação de resultados e não de meios. 4. No caso das obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do médico. Já nas obrigações de resultado, como a que serviu de origem à controvérsia, basta que a vítima demonstre, como fez, o dano (que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado) para que a culpa se presuma, havendo, destarte, a inversão do ônus da prova. 5. Não se priva, assim, o médico da possibilidade de demonstrar, pelos meios de prova admissíveis, que o evento danoso tenha decorrido, por exemplo, de motivo de força maior, caso fortuito ou mesmo de culpa exclusiva da "vítima"

> (paciente). 6. Recurso especial a que se nega provimento (Mathias, 2009)

> RESPONSABILIDADE CIVIL. OBRIGAÇÃO DE MEIO, E NÃO DE RESULTADO. ERRO MÉDICO. NEXO DECAUSALIDADE. REEXAME DE PROVAS. SUMULA 07/STJ. MATÉRIACONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. 1. O acórdão recorrido não está eivado de omissão, pois resolveu a matéria de direito valendo-se dos elementos que julgou aplicáveis e suficientes para a solução da lide. 2. O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que a relação entre médico e paciente é de meio, e não de fim (exceto nas cirurgias plásticas embelezadoras), o que torna imprescindível para a responsabilização do profissional a demonstração de ele ter agido com culpa e existir o nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado - responsabilidade subjetiva, portanto. 3. O Tribunal a quo, amparado no acervo fático-probatório do processo, afastou a culpa do cirurgião-dentista, e, consequentemente, erro médico a ensejar a obrigação de indenizar, ao assentar que não houve equívocos por parte da equipe médica na primeira fase do tratamento e que as complicações sofridas pela requerente não decorreram da placa de sustentação escolhida pelo profissional de saúde. Assim, concluiu que a conduta se mostra incoerente com o dever profissional de agir, inexistindo nexo de causalidade entre os atos do preposto da União e os danos experimentados pela autora. 4. Fica nítido que a convicção formada pelo Tribunal de origem decorreu dos elementos existentes nos autos. Rever a decisão recorrida importaria necessariamente no reexame de provas, o que é defeso nesta fase recursal, nos termos da Súmula 07/STJ. 5. Alegações de violação de dispositivos e princípios constitucionais não podem ser analisadas em recurso especial, por serem de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102 da Carta Magna. 6. Recurso especial conhecido em parte e não provido. (Meira, 2012).

Portanto, a obrigação de meio que será objeto do contrato compreende a adoção de todos os meios técnicos necessários e recursos adequados, bem como a devida prestação de cuidados conscienciosos indicados na prática da medicina.

Dessa forma, o médico operador que tiver usado de todos os meios técnicos indicados e não havendo explicação a origem de eventual sequela, não haverá obrigação por risco profissional. Sendo assim, se não houver nenhuma modalidade de culpa (imprudência, negligência e imperícia) demonstrada, deixará de haver base para fixação da responsabilidade civil, isso porque, não há risco profissional independente de culpa – exceto nas obrigações de resultado (Diniz, 2019).

Estudado o pressuposto da culpa e os e cuidados e deveres que devem ser adotados pelos médicos para evitar a configuração desta, passamos a estudar outro pressuposto da responsabilidade civil subjetiva, qual seja o Dano.

De modo geral, o dano é entendido como uma lesão a determinado bem jurídico tutelado, como por exemplo a vida, a honra, o patrimônio etc. Segundo Agostinho Alvim (Apud, GONÇALVES, 2021, p. 150):

> Dano, em sentido amplo, vem a ser a lesão de qualquer bem jurídico, e aí se inclui o dano moral. Mas, em sentido estrito, dano é, para nós, a lesão do patrimônio; e patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro. Aprecia-se o dano tendo em vista a diminuição sofrida no patrimônio. Logo, a matéria do dano prende-se à da indenização, de modo que

> só interessa o estudo do dano indenizável. Gonçalves, 2021)

Entretanto, em relação aos danos provocados por médicos o próprio Código Civil nos traz a definição em seu art. 951 que tem a seguinte redação:

> Art. 951. disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho. (Brasil, 2002)

Portanto, o dispositivo deixa claro o que seria classificado como dano, ou seja, a prática de um ato ilícito culposo, seja por negligência, imprudência ou imperícia, que tem por consequência eventual lesão, agravamento do mal, inabilitação para o trabalho ou a morte. Ocorridos tais circunstâncias e comprovado através da culpa e do nexo causal fica caracterizado através dos pressupostos subjetivos a responsabilidade civil do médico, que será chamado a indenizar para que assim reestabeleça o status quo, conforme as palavras do professor Flávio Tartuce (2021, p. 1307):

> Nos termos do art. 951 do Código Civil brasileiro, "o disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho". Novamente, afirma-se a culpa em sentido amplo como elemento essencial para a responsabilização de profissionais liberais que atuam nesse campo, o que conduz à regra da responsabilidade subjetiva. (Tartuce, 2021)

Por fim, em síntese esses são os principais pontos que se extrai da doutrina e da jurisprudência sobre a responsabilidade civil dos médicos, desse modo, vejamos então um julgado do Tribunal de Justiça que elucida muito bem o assunto:

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA. CIRURGIA MAMÁRIA REPARADORA (MAMOPLASTIA). HOSPITAL. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. OBRIGAÇÃO DE MEIO E NÃO DE RESULTADO. ERRO MÉDICO. NÃO CONFIGURAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO. DEVER DE INDENIZAR AFASTADO. APELO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. - Profissionais liberais, categoria em que se incluem os médicos, são regidos pela responsabilidade subjetiva quanto ao desempenho de seus ofícios, a teor do disposto no art. 14, § 4º, do CDC - Discutida a responsabilidade civil por erro supostamente ocorrido em cirurgia, aplicável o regime de responsabilidade subjetiva tanto ao médico, quanto ao hospital. Entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça e adotado por parte relevante da doutrina - A obrigação de meio impõe ao contratante o dever de empreender sua atividade, sem, contudo, garantir o desfecho esperado. Por sua vez, a obrigação de resultado impõe tanto o exercício da atividade quanto o resultado esperado pelo credor - Em regra, a responsabilidade do médico é de meio ou de diligência. Incumbe-lhe empregar a melhor técnica possível no tratamento do paciente, zeloso e atento aos sintomas apresentados. Inexistente dever de cura, isto, em razão da infinitude de sintomas e diagnósticos, da limitação humana e tecnológica, bem como da imprevisibilidade - dadas as peculiaridades de cada organismo - da reação aos procedimentos e

> medicamentos necessários à higidez do paciente - No tocante às cirurgias de cunho estético, distingue-se o procedimento meramente estético e o corretivo (ou cosmético) a fim de fixar o regime de responsabilidade. O primeiro tem por único objetivo o aperfeiçoamento e embelezamento do que já é normal, impondo-se ao médico obrigação de resultado. O segundo visa a corrigir uma deformidade física congênita ou traumática, a fim de mitigar a má-formação na medida das possibilidades da técnica médica. Em casos tais, a obrigação é de meio - A cirurgia mamária reparadora é procedimento corretivo (ou cosmético), e não meramente estético. Por corolário, ao médico se impõe obrigação de meio e o dever de empreender a melhor técnica e máxima diligência para atingir o objetivo almejado pela paciente - Uma vez provado que a médica cumpriu seu dever de informação e agiu na conformidade dos preceitos ordinários da prática médica, não se lhe impõe dever de indenizar pelo fato de a cirurgia não ter gerado o resultado esperado. (Vieira, 2020).

3.2. Responsabilidade Civil dos Médicos em Tempos de Covid-19

Ademais, entendido o contexto geral, surge assim a dúvida sobre como recairá o instituto da responsabilidade civil dos médicos e demais profissionais da saúde em tempos de pandemia.

O instituto da responsabilidade civil acompanha a evolução da sociedade ao longo dos tempos, estando, portanto, sempre em constante mudança, dessa forma, considerando ainda o contexto atual de uma pandemia, as mudanças e efeitos são ainda mais consideráveis, além de necessárias.

Entretanto, ressalta-se, que os reflexos jurídicos que a pandemia traz para o campo da responsabilidade civil ainda são considerados como incertos, visto que a pandemia do Covid-19 ainda não chegou completamente ao fim, sendo assim difícil compreendermos os casos que terá a incidência ou a exclusão do instituto.

Dessa forma, para poder imputar a responsabilidade civil do médico, as adversidades da pandemia devem ser levadas em consideração em relação a conduta adota pelo médico, como por exemplo a falta de pessoal, equipamentos, leitos e materiais, como salientou a autora Wesendonck (2020).

Sendo assim, um dos principais problemas que a pandemia trouxe para o campo da medicina, seria o de como proceder na escolha de pacientes que receberá tratamento quando houver unidades ou leitos com capacidade insuficiente para o atendimento de todos. Na escolha deve ser evitado critério raso e simplista, como por exemplo, apenas a idade do paciente, pois, apesar de tratar-se de um critério objetivo, ocasionaria em um juízo prévio e sem balizas consistentes. Dessa forma, devem ser adotados critérios mais minuciosos para tal escolha, como aqueles recomendados pelas entidades profissionais da área da saúde, os denominados escores clínicos.

Desta maneira, se cumprido todos os critérios recomendados para a escolha do paciente que terá a prioridade para receber o atendimento, não haverá em que se falar em reponsabilidade civil do médico caso o paciente não escolhido vier a lhe agravar o mal ou até mesmo ocasionar a morte, uma vez que tal dano não decorreu propriamente do ato do médico, mas sim do contexto em que se encontra, tendo agido o médico apenas com a intenção de evitar um mal maior.

Conclui-se que dentro do contexto da pandemia o instituto da responsabilidade civil dos médicos é relativizado, como bem salienta

> Ao que nos parece, em que pesem os agentes de saúde, incluindo os médicos, por óbvio, continuarem a ser responsabilizados por suas ações e omissões como sempre previu o sistema normativo brasileiro, entendemos que as condições para a imputação de tais responsabilizações devem ser sim relativizadas, consideradas na exata medida das deficiências apresentadas pelo sistema de saúde do país diante desta pandemia que já está de maneira lamentável inserida na história da humanidade. (Tavares, 2021)

Sobre o tema da responsabilidade civil do médico em tempos de covid a jurisprudência evidencia que na falta de culpa ou dolo do profissional, não há que se ocorrer a indenização, como bem evidencia a decisão abaixo relatada:

> RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. Pretensão à indenização por danos morais em razão de erro de diagnóstico e tratamento médico inadequado. Paciente idoso, marido da autora, internado em hospital da rede municipal de saúde com suspeita de Covid-19. Óbito antes do resultado do exame PCR, que excluiu o diagnóstico. Velório e enterro realizados com restrições. Adoção de protocolos divulgados pelo Ministério da Saúde a fim de evitar a proliferação da doença em cenário de pandemia. São pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, a conduta culposa do agente, o nexo causal e o dano, e a ausência de quaisquer destes elementos afasta o dever de indenizar. Inexistência de prova a concluir pela imprudência, negligência e imperícia. Nexo causal entre o dano e o atendimento médico não demonstrado. Precedentes. Sentença de improcedência mantida. Recurso conhecido e não provido.
> (Angrisani, 2022)

IV. CONCLUSÃO

De acordo com todo o exposto e voltando ao objetivo geral da pesquisa, conclui-se que, dentro a responsabilidade civil do médico é subjetiva, havendo a necessidade de estarem presentes os quatro pressupostos da mesma, ou seja: ação/omissão; culpa/dolo; nexo de causalidade e dano. Porém, o contexto de pandemia deverá ser considerado e a depender do caso concreto poderá inclusive haver a exclusão do nexo de culpabilidade. A responsabilidade civil do médico só irá existir se ficar provado que o profissional, no exercício do seu labor, não atuando com todos os meios técnicos necessários e a devida cautela, bem como, havendo a falta de cuidado devida em uma ação comissiva ou omissiva, ou tal ação seja praticada sem devida habilidade exigida para a atividade, de modo que assim resulte em dano, ou seja, agravamento do mal, inabilitação para o trabalho, lesão corporal ou morte, cometerá ato ilícito, nos moldes do art. 186 do código civil, no qual dispõe “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, ficando assim caracterizado a culpa deste e consequentemente o dever de indenizar.

Contudo, a comprovação da culpa, pressuposto imprescindível para a caracterização da responsabilidade subjetiva, deve ser estudada considerando o contexto, como bem salientava Reale (1994) em sua teoria tridimensional, tendo em vista que se deve considerar o contexto pandêmico para se compreender a norma e valorá-la no tempo social.

REFERENCES

[1] Angrisani, V. (2022). TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO Paulo TJ-SP. *Apelação Cível. n.º 10119139320208260637 SP 1011913-93.2020.8.26.0637*. https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1409217694

[2] Brasil. (2002). Lei n.º 10.406, 10 de janeiro de 2002. Código Civil.http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm.

[3] Brasil. (2015). Lei n.º 13.105, 16 de março de 2015. Código De Processo Civil. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

[4] Cavalieri Filho, S. (2020). *Programa de Responsabilidade Civil*. Grupo GEN. https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025422/

[5] Diniz, M. H. (2019). *Curso de direito civil brasileiro, volume 7 : responsabilidade civil*. Saraiva Educação.

[6] Gonçalves, C. R. *Responsabilidade Civil*. Editora Saraiva. https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555592931/

[7] Mathias, C. F. (20009). SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ. *RECURSO ESPECIAL. n.º 236708 MG 1999/0099099-4*. https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4173668/recurso-especial-resp-236708-mg-1999-0099099-4

[8] Meira, C. (2012). SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ. *RECURSO ESPECIAL. n.º 1184932 PR 2010/0043325-8*. https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21273614/recurso-especial-resp-1184932-pr-2010-0043325-8-stj/inteiro-teor-21273615?ref=serp

[9] Moraes, A. (2020). SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. STF. *RECURSO EXTRAORDINÁRIO. n.º 828040 DF*.

https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1105639994/recurso-extraordinario-re-828040-df

[10] Reale, M. (1994). *Teoria tridimensional do Direito*. Saraiva Educação.

[11] Tartuce, F. (2021). *Responsabilidade Civil*. Grupo GEN. https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640959/

[12] Tavares, F. R. A. (2021). *Limites da Responsabilidade Civil dos Médicos em tempos de Pandemia da COVID-19*. Sociedade de Anestesiologia do Estado de São Paulo. https://saesp.org.br/limites-da-responsabilidade-civil-dos-medicos-em-tempos-de-pandemia-da-covid-19/

[13] Uyeda, M. (2009). SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ. *RECURSO ESPECIAL. n.º 1104665 RS 2008/0251457-1*.https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062245/recurso-especial-resp-1104665-rs-2008-0251457-1

[14] Vieira, J. M. (2020). TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. TJ-MG. *Apelação Cível. n.º 10024082782103004 MG*. https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/879492099/apelacao-civel-ac-10024082782103004-mg

[15] Wesendonck, T. (2020) *A Responsabilidade Civil Na Esfera Médica Em Razão Da Covid-19.* https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/326237/a-responsabilidade-civil-na-esfera-medica-em-razao-da-covid-19